

erschienen in: Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich. Beiträge zur Evaluation deutschen Strafrechtsexports als Strafrechtsimport. Hrsg. v. Franz Streng, Gabriele Kett-Straub, Mohr Siebeck (Tübingen), 2012, 145-168

Die Kulturgebundenheit des Strafrechts und seine Übertragbarkeit in fremde Rechtskreise¹

von KARL-LUDWIG KUNZ

I. Rechtsimport und Rechtsangleichung

Kaum ein Rechtssystem erwächst aus sich selbst. Auch das deutsche Recht unterliegt fremden Einflüssen, so des Römischen Rechts und der Gesetzgebungen Napoleons. In der Gegenwart dient das deutsche Recht eher als Exportgut. Das japanische Recht wird seit der wirtschaftspolitischen Öffnung Japans in der Meiji-Reformation von 1868 durch das französische und das deutsche und seit dem Zweiten Weltkrieg durch das anglo-amerikanische beeinflusst. In der Praxis hat sich daraus nach MAKOTO IDA eine eigentümliche „Misch-Rechtskultur“ gebildet². Besonders intensiv und nachhaltig lässt sich der deutsche Einfluss im Strafrecht feststellen, in welchem seit der Gesetzgebung von 1907 zahlreiche Theorien und Rechtsfiguren den Weg nach Japan gefunden haben.³ Ähnliches gilt für Südkorea, dessen traditionelles Strafrecht stark chinesisch durch den Konfuzianismus beeinflusst war. Während der japanischen Besetzung (1910 - 1945) übernahm Korea das japanische StGB und geriet damit mittelbar unter europäischen Einfluss, der im südkoreanischen Strafgesetzbuch von 1953 fortgeschrieben und noch intensiviert wurde. Da hintergründig altkoreanische Verständnisse des Strafrechts als „gesellschaftsformendes Erziehungsmittel“ fortgeführt werden, spricht BYUNG-SUN CHO vom heutigen koreanischen Recht als einer „doppelten Rechtskultur koreanischer und westlicher Prägung“⁴.

Rechtsimporte werden typischerweise im Gefolge eines sozialen Wandels vollzogen, bei welchen ein „politischer Frühling“ bestimmte in anderen Nationen bereits etablierte Vorstellungen der Beziehungen von Staat, Gesellschaft, Individuum, Wirtschaft und Religion erblühen lässt, die nun nach fremdländischen Vorbild rechtlich festgeschrieben werden sollen. Im Gegensatz dazu geht es bei Prozessen der *Rechtsangleichung* um die wechselseitige Anpassung von Rechtssystemen an gemeinsame Veränderungen der Lebensbedingungen. Das Zusammenwachsen der Wirtschaftsräume hat inzwischen das Spektrum rechtlicher Regelungsmöglichkeiten von Interessenkonflikten verengt und die Regelungsmaterien einander angeglichen. International vergleichbare Problemstellungen wecken Bedarf nach einer wechselseitigen Angleichung der Rechtssysteme, bei welcher eine Rechtsordnung Begriffsapparate und Argumentationsmuster liefert, die problembezogen-funktional in anderen Rechtsordnungen übernommen werden. Aus der fortschreitenden Angleichung nationaler Rechtssysteme lassen sich womöglich übergeordnete Rechtsgrundsätze entwickeln, die im Wege der

¹ Dieser Text ist während meines Aufenthaltes als Senior Fellow am Alfried Krupp Wissenschaftskolleg Greifswald entstanden.

² IDA MAKOTO (1991) *Die heutige japanische Diskussion über das Straftatsystem*. Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften 3, Berlin, 13 f.

³ Vgl. dazu SAITO KINSAKU / NISHIHARA HARUO (1954) *Das abgeänderte Japanische Strafgesetzbuch vom 10. August 1953. Übersetzung*. Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, LXV., Berlin.

⁴ CHO BYUNG-SUN (2000) Die Rezeption des Europäischen Strafrechts in Korea. Kontinuitäten und Diskontinuitäten im koreanischen Strafrecht. *Recht und Kulturen. Rechtsphilosophische Hefte IX*, Frankfurt a. M., 69 - 98, 71, 83. Ähnlich Indonesien, wo koloniales Recht, Scharia und altes Stammesrecht nebeneinander bestehen.

wertenden Rechtsvergleichung zur Schließung von Lücken auch im internationalen Strafrecht eingesetzt werden können.⁵ Die Hoffnung, daraus schließlich eine „universale Strafrechtsdogmatik“ (besser wäre wohl: „universale Strafrechtsgrammatik“) zu entwickeln, ist Antrieb für ein langfristig angelegtes Großprojekt des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht.⁶

Diese Idee besitzt Ähnlichkeit mit dem von LEIBNIZ entwickelten Programm einer universellen wissenschaftlichen Formalsprache (*characteristica universalis*). Dieses unverwirklicht gebliebene Programm ersetzt die Operation mit Begriffen durch die Operation mit Zeichen, welche jeweils einen bestimmten objektiv-realen Gegenstandsbereich bezeichnen. Die Struktur dieses Zeichensystems sollte die Grundlage einer *scientia universalis*, einer Universalwissenschaft, sein.⁷

Bei der einseitig verlaufenden Rezeption fremden Rechts wie bei der wechselseitigen Angleichung mehrerer Rechtsordnungen durch Harmonisierung ihrer Regeln finden Elemente fremden Rechts in das eigene nationale Recht Eingang. Warum stützen sich bestimmte Rechtsordnungen auf ausländische Vorbilder und übernehmen Bruchstücke davon mehr oder weniger wie Fertigware? Gewiss, um dem vorläufig bloß politisch vollzogenen sozialen Wandel durch Verrechtlichung Stabilität und Legitimität zu geben. Ein weiterer Grund scheint mir im Prestige zu bestehen, das bestimmte ausländische Rechte besitzen. So gilt das deutsche Strafrecht, vor allem bezüglich der allgemeinen Voraussetzungen der Strafbarkeit, wegen seiner systematischen Struktur und seiner ausgefeilten Dogmatik verbreitet als vorbildlich. Dieses Vorbild offen ausweisen zu können, heißt gewissermaßen, bei der nationalen Gesetzgebung im Mercedes vorzufahren. Ist dieser Weg erst einmal befahren, so liegt es nahe, ihn auch bei künftigen Rechtsänderungen zu verfolgen. Die Möglichkeit des Verweises auf ein „bewährtes“ ausländisches Vorbild bestärkt die Legitimität und Akzeptanz der gesetzlichen Neuregelung.

Der besondere Vorzug der deutschen Strafrechtswissenschaft besteht in ihrer wohl einzigartigen Differenziertheit und Systematizität, welche es erlaubt, Problembereiche zu strukturieren, Entscheidungen dem Bestand getroffener Entscheidungen zuzuordnen und so mit jeder neuen Beurteilung das Rechtssystem bestätigend zu festigen. Die deutsche Strafrechtswissenschaft als „*scientia poenale universalis*“ mag darum viele verlocken – andere aber aus anderen Gründen schrecken. Faktisch war und ist die deutsche Strafrechtsdogmatik auf das Strafrecht zahlreicher anderer Länder, so neben Japan etwa Südkorea, Spanien, Italien, Griechenland und neuerdings China von nachhaltigem Einfluss. Zweifelhaft ist allerdings, ob mit dem Rechtsimport mehr als die bloßen Sprachspiele der „Regelungsgrammatik“ übernommen werden.

II. Recht ist in Rechtskulturen verwurzelt

⁵ So hat sich das Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (ICC) unter dem ergänzenden Einfluss von Common Law und Civil Law entwickelt, vgl. HOFSTETTER ELIAS (2005) *Das Verfahrensrecht internationaler Strafgerichte zwischen Common Law und Civil Law*. Abhandlungen zum Schweizer Recht Bern .

⁶ "Max-Planck-Systematik zum Strafrechtsvergleich", vgl.

<http://www.mpicc.de/ww/de/pub/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/forschungsprogramm/methoden.htm>, besucht am 10.12.2011.

⁷ Vgl. LEIBNIZ GOTTFRIED WILHELM (1966) *Zur allgemeinen Charakteristik. Hauptschriften zur Grundlegung der Philosophie. Philosophische Werke Band 1. Übersetzt von Artur Buchenau. Durchgesehen und mit Einleitungen und Erläuterungen herausgegeben von Ernst Cassirer*, Hamburg .

Der kulturüberschreitende Rechtsimport begegnet der Schwierigkeit, dass Rechtsregeln kulturell verwurzelt sind. Rechtliche Regelungen nehmen umgangssprachlich⁸ auf die konkrete Lebenswirklichkeit einer Rechtsgemeinschaft Bezug. Ihr Regelungsgehalt ist nicht bloß sozialtechnologisch gestaltend, sondern greift auf in der Gemeinschaft vorhandene Vorstellungen von Gerechtigkeit, oder allgemeiner, eines „guten“ Lebens, zurück und sucht diese unter gegebenen zeit-/ örtlichen Bedingungen im Rahmen verfügbarer Ressourcen zu verwirklichen. In rechtlichen Regelungen drücken sich damit Richtigkeitsvorstellungen über die Gestaltung des Gemeinschaftslebens aus, die durch Traditionen und Mentalitäten geprägt wurden. Recht ist, mit dem frühen Rechtssoziologen EUGEN EHRLICH ausgedrückt, organisch gewachsen und „lebend“.⁹ Es verkörpert eine je bestimmte *Rechtskultur*¹⁰, in der sich in längeren historischen Zeiträumen charakteristische Gepflogenheiten des Verständnisses von und des Umgangs mit sozialen Problemen gebildet haben. Der Einfluss der Rechtskultur ist in vorwiegend regulatorischen Normen geringer als in moralisch gestützten Rechtsbereichen. Gerade das Strafrecht ist das klassische Beispiel eines parallel zu Wertvorstellungen der Gesellschaftsmoral entwickelten und darum von den sozio-kulturellen Besonderheiten der es erzeugenden Gesellschaft besonders deutlich geprägten Rechtsgebietes. In zahlreichen strafrechtlichen Regelungen, etwa von Sterbehilfe, Organtransplantation und der Ansteckung mit übertragbaren Krankheiten, finden die jeweiligen sozialetischen Wertvorstellungen bezüglich individueller Handlungsautonomie, präventivem Selbstschutz und staatlicher Bevormundung unmittelbar Ausdruck.

Recht präsentiert sich zudem in den jeweiligen kulturspezifischen Ausdrucksformen von Förmlichkeit, Feierlichkeit und Autorität. So variieren die Prozeduren des Verfahrens¹¹, die Formen der Gerichts- und Gefängnisarchitektur¹², die Richterkleider und Richterbilder¹³, die Ausgestaltung der Gerichtsbarkeit¹⁴ und der Vollzug von Sanktionen¹⁵ von Rechtskultur zu Rechtskultur und von Epoche zu Epoche¹⁶. Recht wird unter Verwendung diskursiver Praktiken in institutionell festgelegten öffentlichen Ritualen inszeniert. Routinemäßige Wiederholungen unterstreichen die Tradition und Bestandskraft der sie praktizierenden Institution. Die vielfältige Symbolik der Strafrechtspraktiken bedient sich der Symbole des jeweiligen Kulturkreises, auf den es Anwendung findet und bindet sich dadurch an die umfassenderen kulturellen Gepflogenheiten in der Gesellschaft an. In Ausdrucksformen wie dem von *Honoré Daumier* unübertrefflich gezeichneten schwungvollen Wurf des Talars («Effet de manche») akkumuliert sich das Erscheinungsbild des Strafrechts zu einem

⁸ Die Rechtssprache ist ungeachtet ihrer Fachsprachlichkeit keine Formalsprache, sondern Umgangssprache und damit Teil der Lebenspraxis, vgl. etwa WITTGENSTEIN LUDWIG (1995) Philosophische Untersuchungen. *Werkausgabe*, Bd. 1, Frankfurt am Main (orig. 1953), 225 - 618. Dies lässt die Verwirklichung der LEIBNIZ'schen Idee im Strafrecht zweifelhaft erscheinen.

⁹ „Die große Masse des Rechts entsteht unmittelbar in der Gesellschaft als innere Ordnung der gesellschaftlichen Verhältnisse ... und ist nie in Rechtssätzen geruht worden“, so EHRLICH EUGEN (1989) *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 4. Aufl., Berlin (orig. 1912), 245 f.

¹⁰ Zu Begriff und Bedeutung der Rechtskultur vgl. WALTER MICHAEL (7/ 2011) Die Frage nach der Rechtskultur als Brücke zwischen Kriminologie und Strafrecht. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 629 - 635.

¹¹ VAN DÜLMEN RICHARD (1995) *Theater des Schreckens. Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit*, München .

¹² GEPHART WERNER (2006) *Recht als Kultur. Zur kultursoziologischen Analyse des Rechts*, Frankfurt a M. , 237 ff.

¹³ JUNG HEIKE (2005) *Richterbilder*, Baden-Baden .

¹⁴ Dazu sogleich am Beispiel des Geschworenengerichts in der Schweiz.

¹⁵ EVENS RICHARD J. (2001) *Rituale der Vergeltung. Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte 1532 - 1987*, Berlin .

¹⁶ Vgl. etwa EVENS, *ibid.*.

sinnlichen Arrangement, in welchem sich Strafgerechtigkeit in ansprechender Weise theatralisch präsentiert und damit auf die Bevölkerung „wirkt“.¹⁷

Wegen dem mit ihm behaupteten Richtigkeitsanspruch¹⁸ bleibt die Legitimität des geltenden Rechts stets fragil und bestreitbar. Anlässe für rechtliche (Neu-)Regelungen sind typischerweise konfliktreich und der Verlauf der Rechtsproduktion kontingent, was bedeutet, dass das Ergebnis auch anders hätte ausfallen können. Die Akzeptanz von Rechtsnormen ist von der bewertenden Rekonstruktion ihrer Entstehungsgeschichte abhängig, die je aktualisierend vorgenommen wird und typischerweise standpunktbezogen umstritten bleibt.

In homogenen Gesellschaften bildet sich unter stabilen sozialen Bedingungen so etwas wie eine verklärende Ursprungsmythologie, die die vorhandene Rechtsordnung im Sinne eines revolutionären Naturrechts auf den Widerstand gegen vorgängiges gesellschaftliches Unrecht stützt.¹⁹

Typischerweise, und besonders in Krisenzeiten, bleibt die Auseinandersetzung mit der Vorbildfunktion der Schöpfungsereignisse virulent. Stets können solche „geschichtsträchtigen“ Vorgänge rekapitulierend abweichend interpretiert und für aktuelle politische Anliegen instrumentalisiert werden.

Weil die Kontroverse um die Legitimität des geltenden Rechts von der Bewertung dieser Erfahrungen im je aktuellen gesellschaftlichen Kontext abhängt, ist das Recht in einen umfassenderen gesellschaftlichen Diskussionszusammenhang um die Ordnung des Gemeinwohls eingebunden. Die Rechtskultur ist deshalb mit der entsprechenden kulturellen Mentalität der Gesellschaft besonders eng verzahnt.

Je weniger ein Kulturbereich dem Nährboden politischer Kontroversen um die Berechtigung des So-Seins dieser konkreten Gesellschaft erwächst, desto leichter wird er sich exportieren lassen. Dies erklärt etwa die beeindruckende Rezeption der „unpolitisch“ verstandenen klassischen Musik von europäischen und bevorzugt deutschen Komponisten des 19. Jahrhunderts in Ostasien. Der Eifer und die Begeisterung, mit denen japanische und südkoreanische Kinder Geige und Klavier spielen lernen und ein breites Publikum in Tokio oder Seoul klassischen Konzerten lauscht, ist umso erstaunlicher, als hierbei ganz „unübersetzt“ eine fremde Musiktradition in der ihr eigenen Inszenierung dem heimischen Publikum präsentiert wird. Die Musik von MOZART und BEETHOVEN kann trotz ihrer Kulturfremdheit problemlos übernommen werden, weil sie weder in Deutschland noch in Ostasien

¹⁷ Zusammenfassend DÜCKER BURCKHARD (2007) *Rituale. Formen, Funktionen, Geschichte. Eine Einführung in die Ritualwissenschaft*, Stuttgart, Weimar, 14 ff., 28 ff., 32 ff.; für das Strafrecht KUNZ KARL-LUDWIG (2010b) Zur Symbolik des Strafrechts. In DÖLLING D., GÖTTING B., MEIER B.-D., VERREL T. (Hrsg.): *Verbrechen - Strafe - Resozialisierung. Festschrift für Heinz Schöch*, Berlin, New York, 353 - 368.

¹⁸ Nach der berühmten Radbruch'schen Formel verwirklicht geltendes Recht verwirklicht zwar stets Rechtssicherheit, ist aber ohne ein Minimum an Gerechtigkeit kein Recht, dazu RADBRUCH GUSTAV (1973) Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. In WOLF E., SCHNEIDER H.-P. (Hrsg.): *Gustav Radbruch - Rechtsphilosophie*, Stuttgart (orig. 1946), 211 ff., 335 ff., 339-350.

¹⁹ So die womöglich fiktive Figur des WILHELM TELL als Gründervater der Schweiz. Vgl. SCHILLER FRIEDRICH (2002) *Wilhelm Tell*, Frankfurt a. M. (orig. Tübingen 1804), 2. Aufzug, 2. Szene:

„Wenn der Gedrückte nirgends Recht kann finden,
Wenn unerträglich wird die Last – greift er
Hinauf getrost in den Himmel
Und holt herunter seine ewgen Rechte,
Die droben hangen unveräusserlich
Und unzerbrechlich wie die Sterne selbst.“

mit der politischen Kontroverse um die legitimierenden Grundlagen der jeweiligen Gesellschaft assoziiert wird.

III. Recht als Importware?

Wegen der kulturellen Verwurzelung des Rechts kann es nicht – so scheint es zumindest – ohne Bedeutungsveränderung von einem Rechtskreis in einen anderen übertragen werden. Beim Rechtsexport wird offenbar nur die sprachliche Regelungsgrammatik ohne ihren kulturspezifischen Resonanzboden übertragen. Recht eignet sich nicht als Importware – so könnte man meinen.

Lassen Sie mich das Problem verdeutlichen, indem ich ein Gleichnis wähle mit Helden der Trivilliteratur, die weltweit bekannt sind und doch ihr Charakterbild dem jeweiligen Publikum anpassen. Die Figuren des Disney-Imperiums verändern ihren Charakter je nach Zeit und Ort. MICKY MAUS ist als *Topolino* in Italien ein anderer als der *Mickey* in den USA. DONALD DUCK, bei uns ein zu Wutausbrüchen neigender Choleriker mit unfreiwilliger Komik, wurde in den USA im Zeichentrickfilm „*Der Fuehrer's Face*“ 1942 als deutscher Widerstandskämpfer präsentiert²⁰ und dafür mit einem „Oscar“ für die Darstellung gegen ADOLF HITLER und sein Regime gewürdigt.²¹ Die Figuren von MICKY und DONALD haben damit zwei Realitätsebenen: Eine Oberflächenstruktur, welche unabhängig der Wirkungswelt der Figur gleich bleibt. Und eine Tiefenstruktur mit damit intendierten latenten, subjektiv deutenden Kategorisierungen ihrer jeweiligen Lebenswelt.

Was für MICKY und DONALD gilt, gilt in einem übertragenen Sinne auch für Rechtsbereiche: Durch Verpflanzung eines Bereichs von dem Rechtskreis seiner Entstehung in einen anderen bleibt nur die Oberflächenstruktur des begrifflich-technischen Regelungsinstrumentes unverändert. Durch die Einbettung in einen anderen Rechtskreis ändert sich oft schon der normative Zusammenhang, die Stellung und Funktion des exportierten Bereichs im Zusammenspiel mit anderen Bereichen und verlangt deshalb nach einer neuen systematischen Auslegung. Jedenfalls aber verändern sich die sozio-politischen und kulturellen Regeln der Anwendung und damit die tiefenstrukturelle Bedeutung.

IV. Die Tiefenstruktur des Strafrechts

Gerade das Strafrecht besitzt eine besonders ausgeprägte Tiefenstruktur, die es mit der „conscience collective“, also dem Kollektivbewusstsein einer Gesellschaft verbindet. EMILE DURKHEIM hat in seiner Kulturanalyse des Rechts das Strafrecht als Ort kollektiver Leidenschaften ausgewiesen, welche, dem sakral-religiösen Ursprung der Strafe entsprechend, dem Schutz der für die Gesellschaft „heiligen“ Dinge dienen. Wie bei der Eucharistie geht es bei Ritualen der Strafgerechtigkeit um eine „Kommunion“ im Sinne der gemeinschaftsstiftenden Verarbeitung von Vergangenenem. Aus dieser religionssoziologischen Perspektive besteht die Funktion der staatlich organisierten Strafe in mehr als manifester utilitaristischer Prävention: Staatliche Strafe ist eine leidenschaftliche Reaktion auf die verbrecherische Auflehnung gegenüber der kollektiven Ordnung. Die Strafe bewahrt und belebt in

²⁰ <http://www.youtube.com/watch?v=uXVDImhcy-4>.

²¹ http://de.wikipedia.org/wiki/Donald_Duck;

http://de.wikipedia.org/wiki/Entenhausen#Italien_und_Deutschland; <http://en.wikipedia.org/wiki/Topolino>.

ihrer Leidenschaftlichkeit Gemeinschaftsgefühle, sie dient latent der Austarierung des durch das Verbrechen gestörten Gleichgewichts in der emotiven Beschaffenheit einer Gesellschaft.²²

Die emotive Verwurzelung des Strafrechts in der Verletzung kollektiver Gefühle, die im Verbrechen entfesselt werden, steht nicht im Widerspruch zur Zivilisierung der Strafe durch ein rational um systematische Geschlossenheit bemühtes, rechtsstaatlich gebändigtes *Strafrecht*. Diese Zivilisierung bleibt vielmehr oberflächlich. Sie erschöpft sich in einer nachträglichen Einkleidung atavistischer Emotionen kollektiver Empörung und Wut in formal rechtsstaatliche begrifflich-systematische Präsentationsmuster.²³ Diese oberflächlichen begrifflichen Präsentationsmuster sind problemlos von einem Rechtskreis in den anderen übertragbar. Da hingegen die Tiefenstruktur des Strafrechts durch die jeweils spezifische *conscience collective* einer Gesellschaft geprägt wird, scheint deren Übertragung ausgeschlossen.

V. Gemeinsamkeiten der Strafrechtskulturen

Vielleicht ist auch Ihnen bereits der nahe liegende Einwand gekommen: Wenn ich mir *Topolino* vor Augen führe, erkenne ich in ihm trotz seiner „*Italianità*“ meinen guten alten MICKY. Die Ähnlichkeit bleibt erhalten, weil der kulturelle Rahmen sich nicht völlig verändert. Auf unser Problem bezogen: Was genau ist beim Rechtsimport bloß oberflächlicher Transfer der Sprachform und was wird dabei an kultureller Substanz übertragen? Genauer: Was macht den interkulturell geteilten und damit prinzipiell übertragbaren Bereich der Tiefenstruktur des Strafrechts aus?

Genau besehen ist ein Rechtsimport durch reine Übertragung der verbalen Sprachform gar nicht möglich. Die Rechtssprache muss beim Export von einem Rechtskreis in einen anderen übersetzt, also in einen anderen Überlieferungszusammenhang *versetzt* und dadurch verändert werden.²⁴ Wie die hermeneutische Interpretation auf die Aufgabe von HERMES verweist, die Beschlüsse des ZEUS in einer den Menschen verständliche Sprache auf die Erde zu verbringen, geht es bei der Versetzung strafrechtlicher Regelungsinhalte in einen anderen Rechtskreis darum, den dortigen für eine ausgleichende Gerechtigkeit gehegten Erwartungen zu entsprechen oder diese zumindest nicht grob zu enttäuschen. Formal betrachtet vollzieht dabei die Anwendungspraxis des die Regelung importierenden Rechtskreises einen Analogieschluss, indem sie der importierten Regelung durch Auslegung und rituellen Vollzug eine Bedeutung verleiht, die zur Befriedigung von Gemeinschaftsgefühlen entsprechend taugt wie die kulturspezifische Verwendungspraxis der Regelung im exportierenden Rechtskreis. Der Bogen der Analogie spannt sich über Gesellschaften mit unterschiedlicher Distanz zueinander. Je ähnlicher die Rechtskulturen sind, desto unproblematischer erweist sich der Rechtsimport und desto vergleichbarer ist die zu erwartende praktische Handhabung.

Gewiss lässt sich ein Rechtsbereich mit seinen kulturellen Bezügen und Hintergründen nicht vollständig übernehmen. Aber in dem Masse, wie sich im Zuge der Globalisierung die Kulturen einander annähern und die zu regelnden Probleme vergleichbar werden, gibt es interkulturell geteilte Überzeugungen, die auch in das Strafrecht einfließen. Bei der Übertragung von Rechtsregeln, denen solche Überzeugungen zugrunde liegen, verbindet sich mit dem Import der oberflächlichen Regelungsgrammatik eine Art Brückenschlag zwischen den beteiligten Rechtskulturen. Die

²² GEPHART WERNER (1990) *Strafe und Verbrechen : die Theorie Emile Durkheims*, Opladen , 122, 128.

²³ Dazu ausführlich GEPHART, *ibid.*, 133 ff.

²⁴ So die Wortbedeutung der Übersetzung als *Transductio*.

exportierte Regelung braucht dann im fremden Rechtskreis nicht vollständig kulturell adaptiert zu werden, sondern findet darin einen ihrem kulturellen Ursprung vergleichbaren Platz.

Die Tiefenstruktur des Strafrechts ist jedenfalls in ihrem Kernbereich universell: Überall und stets wird dem Strafrecht die Funktion zugesprochen, Rechtsfrieden durch Emotionen besänftigende Diskriminierung des Rechtsbruchs zu stiften. Mit welchen Mitteln und welcher Eingriffsintensität diese mit Strafrecht notwendig verbundene Funktion wahrgenommen wird, ist von der Empfindsamkeit und Empfindlichkeit der jeweiligen Gesellschaft, den in ihr gebündelten Lebenserfahrungen und ihrem Bewältigungsverlangen durch Reaktionen in der Spannweite von Toleranz bis hin zu Selbstjustiz abhängig. Bei den je kulturspezifischen Erwartungen an den Inhalt und die Schärfe des Strafrechts spielen Faktoren wie Gewaltsensibilität, Staatsvertrauen, Verarbeitung geschichtlicher Erfahrungen und letztlich Gerechtigkeitsvorstellungen mit. Nicht nur die sozialen Reaktionserwartungen an das Strafrecht sind kulturabhängig. Dies gilt in gleichem Masse für die rituellen Praktiken des Strafjustizsystems, in denen gemutmaßte Reaktionsbedürfnisse aufgegriffen und mit dem Geltungsanspruch des Rechts befriedigt werden. Die Bündelung dessen dient der Vergewisserung des jeweils hier und heute mit dem Einsatz von Strafrecht zur Bildung von Gemeinschaftsgefühlen Notwendigen. Die Frage, wann und wie viel Strafe zur gemeinschaftsstiftenden Bewältigung von Rechtsbrüchen nötig ist, ist gesellschaftsspezifisch. Dadurch wird das Selbstverständnis der jeweiligen Gesellschaft geprägt, das im sozialen Wandel und in Abgrenzung zu anderen Gesellschaften je neu zu bestimmen ist. Die jeweilige Praxis des Strafrechts, ihre Symbole und Rituale sind für die jeweilige Gesellschaft identitätsstiftend.

Allerdings sind hier Anpassungsprozesse in Gang, die nicht durch das Strafrecht, sondern durch den gesellschaftsstrukturellen Wandel angetrieben werden. Unsere nationalen Kulturen sind in der Spätmoderne zusammengewachsen: Im Bewusstsein nur noch begrenzt beherrschbarer Risiken der Umwelt und der Wirtschaft, durch weltweiten Informationsaustausch in Jetztzeit, durch die Globalisierung der Märkte und durch das Schrumpfen der politischen Grundorientierungen auf die Antipoden von Neoliberalismus und Kommunitarismus. All dies wirkt sich auch auf das Strafrecht aus.²⁵ Ob die Strafrechtskulturen der entwickelten Welt bereits zu einer einheitlichen „Kultur der Kontrolle“²⁶ verschmolzen sind, die sich im Wesentlichen an dem (zweifelhaften) Vorbild der U.S.A. ausrichtet, mag dahinstehen. Sicher aber unterliegt das Strafrecht Entwicklungen, die sich in den nationalen Strafrechtsordnungen liberal-rechtsstaatlichen Zuschnitts weltweit in ähnlicher Weise abzeichnen. In den 50er Jahren wurden die Strafrechtskulturen von der Idee des klassisch-liberalen Tatstrafrechts geprägt. In den 60er und 70er Jahren bildeten sich das Resozialisierungsstrafrecht und ein täterbezogenes Jugendstrafrecht heraus. Das heutige Strafrecht lässt sich als kontrollorientiertes Präventionsstrafrecht bestimmen.²⁷ Dieses artikuliert sich in Vorverlagerungen der Strafbarkeit, Erweiterung präventiver Überwachungskonzepte, verstärkten Mitwirkungspflichten Privater im Vorfeld und außerhalb des Strafverfahrens und dem Abbau klassischer Abwehrrechte gegen staatliche Willkür. Im Zentrum der Kontroll- und Präventionsbemühungen stehen die Straßengewalt

²⁵ Zu den Einflüssen von Liberalismus und Kommunitarismus auf das Strafrecht KUNZ KARL-LUDWIG (2000) *Bürgerfreiheit und Sicherheit*, Bern, 35 ff.

²⁶ So das international einflussreiche Werk GARLAND DAVID (2008) *Kultur der Kontrolle: Verbrechensbekämpfung und soziale Ordnung in der Gegenwart*, Frankfurter Beiträge zur Soziologie und Sozialphilosophie, Frankfurt am Main (orig. orig. *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, 2001). Vgl. auch BROWN MICHELLE (2009) *The Culture of Punishment. Prison, Society, and Spectacle*, New York, London.

²⁷ Zu diesen Strafrechtsmodellen in historischer Entwicklung KUNZ KARL-LUDWIG (2010a) *Strafrechtsmodelle und Gesellschaftsstruktur*. *KrimJ* 42, 9–23.

und die sexuelle Gewalt. Das internationale Strafrecht, darunter das allgemeine Völkerstrafrecht, das Sanktionenrecht der Europäischen Union und das Recht der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, ist durch eine noch stärkere Präventionsorientierung bestimmt. Hier verschwimmen die Unterscheidungen zwischen innerer und äußerer Sicherheit, Täter und Kombattanten, Polizei, Geheimdienst und Militär.²⁸ Von diesem Hauptweg der konsequenten Kontrolle und Risikoprävention abweichend ist der Umgang mit der Alltagskriminalität angepasster Bürger um diskrete, nicht stigmatisierende und de-eskalierende Lösungen ohne förmliche Bestrafung bemüht. Das seinem Anspruch nach für alle gleiche Strafrecht spaltet sich derart in der Praxis zunehmend in ein Strafrecht für uns selbst und ein solches für andere.²⁹ Die Antwortversuche der Strafrechtskulturen der entwickelten Welt auf die Herausforderungen der Spätmoderne sind somit verblüffend einheitlich.³⁰ Der sich im Rahmen dieses Einheitstrends bewegende Rechtsimport verliert dadurch den Charakter der willkürlichen Transplantation artfremder kultureller Substanz und erscheint als sachlich gebotene gegenseitige Abstimmung der Rechtsordnungen auf gemeinsame Herausforderungen.

VI. Vermischungen und Doppelungen im Assimilationsprozess

Der Übernahme fremden Rechts folgt eine lange, vielleicht nie völlig abgeschlossene Phase der Gewöhnung und wechselseitigen Anpassung des Transplantats an seine neue Umgebung. Eine rudimentäre und bewusst lückenhafte Übernahme fremden Rechts erweist sich als assimilationsfördernd. So regeln die Strafgesetzbücher Japans³¹ und Südkoreas³² die allgemeinen Straftatvoraussetzungen nur sehr spärlich. Generalklauseln verweisen stattdessen auf die „gesellschaftlichen Sitten“ und führen bei deren Entsprechung zu einer Rechtfertigung.³³ Nicht weiter präzisierte mildernde Umstände erlauben eine Strafmilderung nach freiem Ermessen.³⁴ Umgekehrt führt ein traditionell als moralwidrig angesehenes Verhalten zur Versagung einer vorläufigen Strafentlassung mangels „aufrichtiger Reue“³⁵. Das importierte Recht hält so Einfallschleusen für die Berücksichtigung traditioneller Moralvorstellungen bei seiner Anwendung offen. WALTER PERRON erachtet mit Blick auf das koreanische Recht solche Öffnungen für unumgänglich, um die notwendige Flexibilität bei der Harmonisierung von neuem Recht und alter Moral zu gewährleisten.³⁶ Die grosszügige Verwendung von Generalklauseln verstärkt die praktische Bedeutung von Staatsanwaltschaft und Gerichten, denen es so möglich wird, im neuen Recht den alten Konfuzianismus am Sprechen zu halten.³⁷

VII. Vorbehalte und Widerstand gegen Rechtsimport: Das Beispiel Schweiz

²⁸ Vgl. dazu SIEBER ULRICH (2007) Grenzen des Strafrechts. ZStW 119, 1 - 68, 8 f., 27 ff.

²⁹ KUNZ Strafrechtsmodelle und Gesellschaftsstruktur, 21.

³⁰ Für eine genauere Analyse vgl. KUNZ KARL-LUDWIG (2011) Kriminologie. 6., Bern/Stuttgart/Wien, 339 ff.

³¹ SAITO / NISHIHARA *Das abgeänderte Japanische Strafgesetzbuch vom 10. August 1953. Übersetzung*, §§ 1, 35 ff.

³² CHO, *ibid.*, 75 ff.

³³ So § 20 korStGB.

³⁴ § 66 japStGB.

³⁵ § 28 japStGB

³⁶ PERRON WALTER (1993) Rechtfertigung und Entschuldigung in Korea und Deutschland. *Festschrift für Sonn Hae-Mok*, Seoul, 235 - 244, 237.

³⁷ CHO, *ibid.*, 79.

Die Schweiz ist auch im Strafrecht von seinen Nachbarländern Deutschland und Frankreich beeinflusst. Generationen ursprünglich deutscher Strafrechtslehrer wirken seit 1848 in der Schweiz und haben dessen Strafrecht maßgeblich geprägt. Wegen der großen Ähnlichkeit der „Regelungsgrammatik“ kann daher ein in Deutschland ausgebildeter Jurist sich rasch und problemlos mit den Regeln des schweizerischen Strafrechts vertraut machen. Je länger er in der Schweiz arbeitet, desto mehr kulturbedingte Differenzen wird er feststellen. Die „kleine“ Schweiz ist (nicht nur im Strafrecht!) zu ihrem Identitätserhalt darauf angewiesen, trotz regionaler, mentaler und kultureller Nachbarschaft mit Deutschland Widerstand gegen den stets übermächtig zu werden drohenden Einfluss des „großen“ Nachbarn zu entwickeln. Dieser Widerstand formt sich zur Inszenierung und Beschwörung einer besonderen, von Deutschland abweichenden kulturellen Identität (in neuem Schweizerdeutsch gerne „Swissness“ genannt). Diese drückt sich auch im Strafrecht aus. In der Wissenschaft wird die „Indoktrinierung“ durch die deutsche Strafrechtsdogmatik teils heftig kritisiert.³⁸ Die Lehre ist bemüht, die schier ungenießbare teutonische Problemakribie pragmatisch zu reduzieren und so in einem viersprachigen kulturell vielfältigen Land erst handhabbar zu machen.³⁹ Behörden und Justiz sind ungleich „volksnäher“ als in Deutschland. Ein Beamtentum existiert praktisch nicht. Richter und Staatsanwälte haben sich in relativ kurzen Amtsperioden einer demokratischen Wiederwahl zu stellen. Die Gerichte orientieren sich bei Strafurteilen eher an regionalen Gerichtsgebräuchen und sozialen Erwartungen als dass sie Literatur zu Rate ziehen und sind für Anregungen und Kritik durch die Lehre wenig empfänglich. Die Urteilsbegründungen werden ohnehin nicht durch Richter, sondern durch Gerichtsschreiber verfasst. Der Umstand, dass über 90% aller Urteile durch Staatsanwälte mittels Strafbefehl gefällt werden und dabei Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten verhängt werden können⁴⁰, stößt kaum auf Kritik⁴¹. Durch das direkte Volksrecht der Volksinitiative können über eine Verfassungsänderung Gesetze ohne Beteiligung des Parlaments geändert oder ergänzt werden. Dies führt im Strafrecht zu populistischen Neuerungen wie der Einführung einer echt lebenslänglichen Verwahrung⁴². Eine Verfassungsgerichtsbarkeit mit der Möglichkeit der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen durch abstrakte Normenkontrolle fehlt. Das aus deutscher Sicht geradezu naiv erscheinende Vertrauen in die Richtigkeit von Mehrheitsentscheidungen zeigt sich auch darin, dass die Einwohner einer Gemeinde durch Abstimmung selbst über die Höhe ihrer eigenen Gemeindesteuern entscheiden. Ein Land, das sich eine Pianistin als Justizministerin⁴³ leistet, darf sich im Vertrauen auf eine volksnahe Strafrechtspraxis zurücklehnen. Wie sagte doch PETER NOLL mit seinem bekannten *Bonmot*: „In Deutschland ist die Demokratie unterentwickelt, in der Schweiz der Rechtsstaat.“⁴⁴

³⁸ Etwa SCHUBARTH MARTIN (1996) Eigenhändiges Delikt und mittelbare Täterschaft. *ZStrR*, 325 ff.; SCHUBARTH MARTIN (1999) Schweizerisches Bundesgericht oder Oberlandesgericht Schweiz? In FORSTMOSER P., VON DER CRONE C., WEBER R., ZOBL D. (Hrsg.): *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz. Festschrift für Roger Zäch*, Zürich, 821 - 831.

³⁹ SCHUBARTH MARTIN (2001) Die Bedeutung der Mehrsprachigkeit der schweizerischen Gesetze für die höchstrichterliche Rechtsprechung. . *LeGes*, 49 ff..

⁴⁰ Art. 352 Abs. 1 StPO.

⁴¹ Ausnahme etwa SCHUBARTH MARTIN (2007) Zurück zum Grossinquisitor? Zur rechtsstaatlichen Problematik des Strafbefehls. In NIGGLI M. A., HURTADO POZO J., QUELOZ N. (Hrsg.): *Festschrift für Franz Riklin*, Zürich, Basel, Genf, 527 - 537.

⁴² Art. 123a BV, 64 Absatz 1^{bis} StGB.

⁴³ Simonetta Sommaruga bildete sie sich in Luzern, Kalifornien und Rom zur Pianistin aus. Am 22. September 2010 wurde sie in den Bundesrat gewählt und amtiert seither als Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes.

⁴⁴ NOLL PETER (1985) *Gedanken über Unruhe und Ordnung* Zürich , 13.

VIII. Gerichte mit Laienbeteiligung im Systemvergleich

Einige Aspekte des Gesagten lassen sich systemvergleichend am Beispiel von Gerichten mit Laienbeteiligung in der Schweiz, in Japan und Deutschland verdeutlichen. Dabei wird ersichtlich, dass Ähnliches nicht zwingend Dasselbe ist und die Rezeption von Begrifflichkeiten mitunter Bedeutungsdifferenzen verhüllt (vielleicht sogar aus strategischen Gründen verhüllen soll).

VIII.1. Laiengerichtsbarkeit in der Schweiz

Die demokratische Verwurzelung der schweizerischen Justiz prägt sich in der Tradition des Geschworenengerichts besonders deutlich aus. Geschworenengerichte nach französischem Vorbild haben in den meisten Kantonen der Schweiz eine ins frühe 19. Jahrhundert zurückreichende Tradition. Mit ihnen wird die direktdemokratische Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk in der rechtsprechenden Gewalt unmittelbar umgesetzt. Bei der sich über Jahrzehnte dahinziehenden Diskussion um eine Vereinheitlichung des materiellen Strafrechts⁴⁵ wurde alsbald klar, dass mit der vollständigen Kognitionsbefugnis des Bundesgerichts eine begründungslose Entscheidung der Jury nach angelsächsischem Vorbild nicht länger hinnehmbar sei.⁴⁶ Reformen in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts bewirkten deshalb – wie übrigens annähernd zeitgleich in Deutschland⁴⁷ – die Zusammenlegung der Geschworenen- und der Richterbank zu einem einheitlichen Spruchkörper, der gleichermaßen über Schuld und Sanktion entscheidet.⁴⁸ Damit wird der Intransparenz der begründungslos getroffenen Entscheidung einer Geschworenenbank begegnet, welche das angelsächsische Modell des Geschworenengerichts zu einer Art „Black Box“ macht, in deren dunklen Innern möglicherweise Irrationalismen gedeihen. Charakteristisch für die schweizerische Gestalt des Gerichts ist seither die Bestimmung der Geschworenen für jeden einzelnen Rechtsfall aus der Menge der hierfür gewählten Bürgerinnen und Bürger durch das Los, das zahlenmäßige Übergewicht der Laien und die Entscheidung der Geschworenen ohne vorgängige Aktenkenntnis allein aufgrund der Hauptverhandlung selbst.

Auch die Bundesverfassung von 1874 sah im Bundesstraßprozess für die Beurteilung besonderer Straftatbestände durch das Bundesgericht den Beizug von Geschworenen vor. Diese sog. „Bundesassisen“ tagten äusserst selten, zuletzt 1933, und wurden im Rahmen von Gesetzesanpassungen an die neue Bundesverfassung von 1999 per 1. März 2000 abgeschafft. Dem Bedürfnis nach einer Professionalisierung des Rechtsstabes widerstehend, überstand das Geschworenengericht im Kanton Genf bis 2009 und in den Kantonen Zürich, Waadt, Neuenburg und Tessin bis zur Einführung der 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Strafprozessordnung. Diese schliesst zwar Geschworenengerichte nicht ausdrücklich aus. Jedoch

⁴⁵ Das Schweizerische Strafgesetzbuch trat am 1. 1. 1942 in Kraft auf Grund einer Motion zur Vereinheitlichung des Strafrechts von 1887 und eines Auftrages an *Carl Stooss*, der seinen ersten vollständigen Vorentwurf 1894 vorlegte.

⁴⁶ Ob Jury-Entscheide nicht doch zumindest in einem gewissen Ausmaß begründungsfähig sind, wird neuestens diskutiert, vgl. THAMAN STEPHEN C. (2011) Should criminal juries give reasons for their verdicts? The Spanish experience and the implications of the European Court of Human Rights Decision in *Taxquet v. Belgium*. *Chicago-Kent Law Review*, 86, 613 -668, 620, 632 ff.

⁴⁷ Mit Verordnung aus dem Jahre 1924, die dies mit Kostenersparnis in der wirtschaftlichen Depression begründet. Das erste Schöffengericht entstand in Deutschland hingegen bereits 1818 in Baden-Württemberg, vgl. RENNIG CHRISTOPH (1993) *Die Entscheidungsfindung durch Schöffen und Berufsrichter in rechtlicher und psychologischer Sicht*, Marburg, 33 f.

⁴⁸ In Bern in Kraft seit 20. 5. 1928 auf Grund des Revisionsentwurfs von *Philipp Thormann* 1906, vgl. SOLLBERGER JÜRIG (1996) Die letzten Tage des Bernischen Geschworenengerichts. *ZStrR*, 125 - 147, 130 f.

fehlen in den als abschließend zu betrachtenden Bestimmungen über das erstinstanzliche Hauptverfahren (Art. 336 ff. StPO) die für ein Geschworenengericht unabdingbaren besonderen Verfahrensvorschriften.⁴⁹ So kennt die neue StPO nur noch eine beschränkte Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Hauptverfahren. Das Gericht stützt seine Entscheidung auf das aus den Akten ersichtliche Beweisergebnis der Voruntersuchung, soweit nicht wesentliche umstrittene Tatsachen und neues Beweismaterial zur Diskussion stehen (Art. 343 StPO). Ein Geschworenengericht in Unkenntnis der Akten allein auf Grundlage der mündlichen Verhandlung scheint damit unvereinbar. Somit schien das Ende des Geschworenengerichts in der Schweiz eingeläutet.

Indessen hat der um Effizienz des Gangs der Hauptverhandlung bemühte Gesetzgeber die Rechnung ohne den Wirt, will sagen: das Volk, gemacht. Die Bevölkerung des Kantons Tessin beharrte in einer von starken Emotionen getragenen Volksabstimmung Ende November 2010 mit deutlicher Mehrheit auf dem Erhalt des Geschworenengerichts. Als Interimslösung wurde vom Tessiner Parlament beschlossen, dass die Geschworenen (*Giurati Popolari* genannt) bereits vor der Eröffnung des Verfahrens eingesetzt werden und Einsicht in die Akten erhalten.⁵⁰ In einem Bericht der Rechtskommission des Parlaments⁵¹ wird ausführlich und mit unverkennbarer Überzeugtheit auf die traditionelle Verwurzelung des Geschworenengerichts im Tessin, die Gebotenheit einer basisdemokratischen Verankerung der Justiz⁵², das Misstrauen gegenüber einem immer technischer werdenden Strafrecht⁵³, welches gerade bei der Strafbemessung nicht eine mathematische Bestimmtheit⁵⁴, sondern eine redliche Beurteilung⁵⁵ verlange, eingegangen. Ende Dezember 2011 hat das Tessiner Parlament das Geschworenengericht in zwei Varianten bestätigt: Als *Corte delle assise criminali* mit drei Berufsrichtern und vier Geschworenen obligatorisch zuständig bei einem beantragten Strafmass von fünf Jahren Freiheitsstrafe und darüber; als *Corte delle assise correzionali* mit einem Berufsrichter und zwei Geschworenen bei einem beantragten Strafmass von zwei bis unter fünf Jahren Freiheitsstrafe, sofern eine der Parteien dies ausdrücklich wünscht. Anders als beim traditionellen Modell des schweizerischen Geschworenengerichts werden die Geschworenen nun im Tessiner Modell vom Kantonsparlament gemäss Parteienproporz für eine Wahlperiode nominiert und erhalten Akteneinsicht.⁵⁶ Diese Änderungen sind durch die neue Schweizerische Strafprozessordnung erzwungen.

Die Schweiz liefert damit besonders deutliche Beispiele für eine Reserviertheit oder gar einen offenen Widerstand gegenüber der Übernahme fremden Rechts, erst recht wenn dieses lokalen Traditionen widerspricht. Der „Kantönligeist“ kapselt sich gegen fremde Einflüsse, die als unpassend empfunden werden, ab: Gegen solche des Auslands wie gegen die von „Bundesbern“. Das sollte man nicht negativ sehen: Nur so war und ist es möglich, ein selbstbestimmtes Nebeneinander regional gewachsener Rechtsgebräuche gegen eine erzwungene Gleichmacherei „von oben“ zu bewahren.

⁴⁹ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, 05.092, 1138.

⁵⁰ Bericht in Plädoyer 1/2011, 5.

⁵¹ Rapporto Nr. 6474 del 16 novembre 2011 della Commissione della legislazione sul messaggio 16 marzo 2011 concernente l'istituzione della figura di assessore-giurato del Tribunale penale cantonale e della Corte di appello e di revisione penale.

⁵² „... garanzia contro l'arbitrio del Solvrano ..., la più alta forma di partecipazione popolare nelle autorità dello Stato“, Rapporto, 5.

⁵³ „... sempre più tecnico“, Rapporto, 5.

⁵⁴ „... il diritto penale non è il luogo delle certezze matematiche“, Rapporto, 11.

⁵⁵ „... giudizio della buona fede“, Rapporto, 11.

⁵⁶ NZZ vom 13.12.2011, 14; NZZ vom 21.12.2011, 12.

VIII.2. Laiengerichtsbarkeit in Japan

„Um den gesellschaftlichen gesunden Verstand in der Strafrechtspflege widerzuspiegeln“⁵⁷, wurde neuerdings in Japan ein Laienrichtersystem für erstinstanzliche Strafgerichte eingeführt.⁵⁸ Laienrichter werden aus Wählerlisten für nur je einen einzigen Fall ernannt. Sie entscheiden gemeinsam mit Berufsrichtern über Tatsachenfeststellung, Rechtsanwendung und insbesondere die Strafzumessung. In einfachen und unbestrittenen Fällen setzt sich das Gericht aus einem Berufs- und vier Laienrichtern, im Regelfall aus drei Berufs- und sechs Laienrichtern zusammen. Entscheidungen ergehen mit einfacher Mehrheit, die mindestens die Stimme eines Berufsrichters enthalten muss. Auf diese Weise können auch Todesurteile verhängt werden.⁵⁹ Die Laiengerichtsbarkeit wird in Japan wegen der Befürchtung einer uneinheitlichen Strafzumessung als problematisch angesehen. Zur Minderung dieser Gefahr verwenden die Laiengerichte eine Strafzumessungsdatenbank, in der ergangene Urteile mit einzelnen Tatumständen und verhängten Rechtsfolgen als Empfehlung für eine einheitliche Beurteilungspraxis zugänglich sind.⁶⁰

VIII.3. Vergleich und Bewertung

Die skizzierten Laienrichtersysteme entsprechen dem auch in Deutschland gebräuchlichen Modell eines aus Berufs- und Laienrichtern zusammengesetzten Gerichts, das insgesamt über die Schuld- und die Straffrage zu befinden hat. Hinter dieser oberflächlichen Ähnlichkeit, die jene Systeme grundsätzlich von dem anglo-amerikanischen Jury-System unterscheidet, verbergen sich strukturelle Differenzen. Diese hängen mit der Grundsatzfrage zusammen, *welcher Zweck* mit dem Laienrichtersystem verfolgt wird: Geht es darum, die Bürgerferne der Justiz zu verkürzen, indem Verständnis für die sperrige Förmlichkeit juristischer Entscheidungen geweckt und das Vertrauen in die Redlichkeit richterlichen Urteilens bestärkt wird? Oder geht es darum, dem Misstrauen gegenüber einer vom Volk abgehobenen, das Gerechtigkeitsempfinden der „einfachen“ Leute verfehlenden Justiz zu begegnen? Ersteres verlangt eine bestmögliche *Integration* der Laienrichter in den gerichtlichen Spruchkörper durch weitgehende Annäherung ihres Rollenbildes an dasjenige der Berufsrichter. Der zweite Zweck verlangt hingegen eine *antagonistische Positionierung* der Laien zu den Berufsrichtern im Spruchkörper im Sinne sich polar gegenüberstehender Gegensätze.

Für die Bildung von Justizvertrauen sind die Bestimmung der Schöffen für eine Wahlperiode mit der Möglichkeit mehrfacher Urteilsbeteiligung desselben Schöffen und die vorgängige Aktenkenntnis der Schöffen dienlich. Justizvertrauen entsteht durch Vertrautheit mit den alltäglichen Routinen und Sachzwängen bei Gericht; die einmalige Beteiligung eines Laien an einem Urteilsspruch taugt dazu nicht. In ähnlicher Weise wird Justizvertrauen durch Aktenkenntnis bestärkt. Ermittlungsprotokolle geben der Beweislage vor Beginn der Hauptverhandlung Ausdruck. Ihre Einsicht schafft für Laien- und Berufsrichter eine gemeinsame Beurteilungsgrundlage und weckt bei den Schöffen Verständnis für die fallspezifischen Schwierigkeiten prozessualer Wahrheitsfindung.

⁵⁷ ASADA KAZUSHIGE (2011) Strafzumessung und Laienrichtersystem in Japan. In HELLMANN U., SCHRÖDER C. (Hrsg.): *Festschrift für Hans Achenbach zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1 - 12, 10.

⁵⁸ Vgl. § 6 des Gesetzes über die Beteiligung von Laienrichtern im Strafverfahren vom 28. 5. 2004, in Kraft seit 1. 5. 2009.

⁵⁹ ASADA, *ibid.*, 1, 10 f.

⁶⁰ Dieses „Nachschlagesystem der Strafzumessung für Laienbeteiligungsverfahren“ ist vom japanischen OGH an gefertigt und enthält derzeit etwa 3200 Urteile, vgl ASADA, *ibid.*, 11

Dem Misstrauen gegenüber einer sich beim Urteilen über das „gesunde“ Volksempfinden hinwegsetzenden Justiz wird am besten durch ein Laienrichterwesen begegnet, welches die Funktion der Laien als Volksvertreter betont, sie im Spruchkörper in kritischer Distanz zu den Berufsrichtern hält und den Laien beim Urteilsspruch eine Mehrheit einräumt. Am Funktionalsten hierfür, aber aus anderen Gründen fragwürdig, ist das anglo-amerikanische Geschworenengericht mit der Trennung von Geschworenen- und Richterbank. Dieses „echte“ Geschworenengericht ist zugleich die am schwersten manipulierbare Gerichtsform, können doch politisch unbotmäßige Entscheidungen begründungslos auf die innere Überzeugung der Geschworenen gestützt werden. Dies erklärt, warum totalitäre Systeme wie der italienische, spanische und portugiesische Faschismus Geschworenengerichte abschafften.⁶¹

Von den Laienrichtermodellen, die Berufs- und Laienrichter in einem Spruchkörper vereinigen, sind jene am ehesten zur Gewährleistung des „gesunden“ Volksempfindens beim Richten geeignet, welche die übrigen Komponenten des anglo-amerikanischen Geschworenengerichts beibehalten, also die Laienrichter für jeden einzelnen Fall aus dem Volk durch das Los bestimmen, ihnen keine Aktenkenntnis gewähren, ihnen beim Urteilsspruch eine zahlenmässige Überlegenheit einräumen und Gerichten mit Laienbeteiligung eine Strafgewalt bis zur gesetzlich vorgesehenen Höchststrafe einräumen.

Die Laienrichterwahl durch Losentscheid für jeden einzelnen Fall symbolisiert die schicksalhafte Verantwortung des Erwählten, stellvertretend die Stimme des Volkes zum Ausdruck zu bringen. Durch fehlende Aktenkenntnis bleibt den Laienrichtern die Ausgangseinschätzung der Beweislage durch die Berufsrichter fremd. Ihr allein auf Grund der Hauptverhandlung zu bildendes Urteil stützt sich eher als das der Berufsrichter auf unmittelbar sinnliche Eindrücke. Bei der Zusammensetzung des Gerichts ist das Stimmenverhältnis zwischen Berufs- und Laienrichtern entscheidend. Wo Berufsrichter die Mehrheit bilden, ist die Laienbeteiligung blosser Garnitur. Je zahlenmässig überlegener hingegen die Laienrichter sind, desto „volksnäher“ im doppelten, auch durchaus zweifelhaften Sinn fallen Richtsprüche aus. Schliesslich spielt für die Bedeutung der Laiengerichtbarkeit die Höhe ihrer Strafgewalt eine entscheidende Rolle. Diese strukturellen Gestaltungsmöglichkeiten eines Gerichts mit Laienbeteiligung treten in den einzelnen Rechtskulturen in unterschiedlichen Kombinationen auf. Die Wahl der jeweiligen Ausgestaltung des Laiengerichtswesens ist ein Spiegel der jeweiligen Rechtskultur.

⁶¹ THAMAN Should criminal juries give reasons for their verdicts? The Spanish experience and the implications of the European Court of Human Rights Decision in *Taxquet v. Belgium*, 619.

Gerichte mit Laienbeteiligung im Vergleich

	Offizieller Zweck	Wahlmodus	Zusammensetzung	Beweiserhebung	Strafgewalt
Deutschland	Bestärkung von Justizvertrauen und Bürgernähe der Justiz	Mehr-jährige Wahlperiode	Landgericht Große Strafkammer: 3 (2) Berufs-, 2 Laienrichter	Unmittelbar ohne Aktenkenntnis der Laien	Lebens-längliche Freiheitsstrafe + Maßregeln
			Amtsgericht Schöffengericht: 1 Berufs-, 2 Laienrichter		bis 4 Jahre Freiheitsstrafe
Schweiz (Tessin)	Demokratische Verankerung der Justiz, volksnahe „redliche“ Entscheide	Mehr-jährige Wahlperiode	Corte delle assise criminali: 3 Berufs-, 4 Laienrichter	Mittelbar mit Aktenkenntnis der Laien	Lebens-längliche Freiheitsstrafe + Massnahmen
			Corte delle assise correzionali: 1 Berufs-, 2 Laienrichter		2 bis unter 5 Jahre Freiheitsstrafe
Japan	Übereinstimmung der Urteile mit dem „gesunden“ Gerechtigkeitsempfinden	In jedem Fall einzeln	3 Berufs-, 6 Laienrichter	Unmittelbar ohne Aktenkenntnis der Laien	Todesstrafe und Lebens-längliche Freiheitsstrafe
			1 Berufs-, 4 Laienrichter		Einfache unbestrittene Fälle

Die deutsche Rechtskultur ist in vielerlei Hinsicht, die hier nicht im Einzelnen dargelegt werden kann, durch eine hohe Wertschätzung förmlicher Rechtsstaatlichkeit und eine geringe Verankerung demokratischer Kontrollen hoheitlichen Handelns gekennzeichnet.⁶² Dementsprechend verfügt das deutsche Schöffengerichtswesen nicht über genügend Bürgermacht, um die Strafjustiz nachhaltig kontrollieren zu können. Durch die vierjährige Wahlperiode und einen Einsatz in verschiedenen Einzelfällen werden deutsche Schöffen an EntscheidungsROUTINEN und Vorurteilsstrukturen der Berufsrichter gewöhnt. Zur Wahl stellen sich üblicherweise nur Personen, die über genügend Freizeit oder Möglichkeiten zur Freistellung vom Arbeitsplatz verfügen. Dementsprechend ist die Mittelschicht bei deutschen Schöffen – wie im Übrigen bei den Berufsrichtern – deutlich überrepräsentiert.⁶³ Deutsche Schöffen fühlen sich „zumeist“ von den Berufsrichtern akzeptiert, glauben die Angeklagten „fair“ behandelt und sind überwiegend mit dem Urteil „zufrieden“. ⁶⁴ Bei der Beratung ist bei der Großen Strafkammer die Meinung der Schöffen erst im Anschluss an die den Maßstab setzende des berichterstattenden Berufsrichters gefragt. Die Schöffen dürfen anschließend mitreden, ohne wirklich das Sagen zu haben.⁶⁵ Zündstoff im Beratungszimmer ist äußerst selten.⁶⁶ Es dürfte nicht allein am Beratungsgeheimnis liegen, dass keine Fälle bekannt sind, in denen deutsche Schöffen sich je gegen Berufsrichter durchgesetzt haben.

In der Schweiz hingegen scheint mit der Wiedergeburt des Tessiner Geschworenengerichts das Anliegen der direktdemokratischen Ausübung der Staatsgewalt das der Effizienz übertroffen und der berühmte „Kantönligeist“ wieder einmal obsiegt zu haben. Bei genauer Betrachtung verbirgt sich jedoch hinter der traditionellen Begriffshülle des Tessiner Geschworenengerichts nun ein eher „zahmes“ Schöffengericht im Retro-Look: Zwar haben die Laienrichter, anders als in Deutschland, auch bei der Aburteilung von SchwereKriminalität eine mitunter ausschlaggebende Mehrheit gegenüber den Berufsrichtern. Indessen werden die Laien für eine Wahlperiode und nicht für jeden einzelnen Rechtsfall nominiert, haben vor Beginn der Hauptverhandlung Aktenkenntnis und entscheiden im normalerweise mittelbaren Verfahren. Der Auswahl der Laienrichter fehlt damit das früher vorhandene sakrale Ritual einer Verfahrensinitiation, bei der sich Justitia ihre Richter in jedem Fall neu mit verbundenen Augen wählt. Mit der Aktenkenntnis der Laienrichter verbindet sich die Gefahr einer Vorbeeinflussung durch das aktenmässig dokumentierte Beweisergebnis der Voruntersuchung. Bei der Beweisabnahme im „kurzen Prozess“ des mittelbaren Verfahrens besteht für Rechtsunkundige kaum Gelegenheit, gegenüber den Berufsrichtern alternative Positionen zu beziehen. All dies begünstigt eine weitgehende Konformität der Laienrichter. Eine demokratische Kontrolle der Justiz ist also von den Tessiner *Giurati Popolari* ebenso wenig wie von den Laien in deutschen Schöffengerichten zu erwarten. Die „Rettung“ des Geschworenengerichts in einem durch Verfahrenseffizienz geprägten Umfeld erschöpft sich in einer symbolisch beschworenen Volksnähe der Justiz.

Das japanische Laienrichtersystem verleiht der Bedeutung der Laien im Strafrecht bei weitem am Meisten Gewicht. Durch die Berufung der Laienrichter jeweils nur für einen einzelnen Fall bietet

⁶² Siehe dazu nur oben Fn. 44.

⁶³ MACHURA STEFAN (2000) Eine Kultur der Kooperation zwischen Schöffen und Berufsrichter. *Richter ohne Robe*, 111-116.

⁶⁴ MACHURA, *ibid.*

⁶⁵ Nach meinem Eindruck als ehemaliges Mitglied einer Großen Strafkammer eines deutschen Landgerichts wirkt sich die Laienbeteiligung eher atmosphärisch als für die Beweiserhebung oder Urteilsfindung massgeblich aus.

⁶⁶ MACHURA, *ibid.*

dessen Beurteilung dem betreffenden Laien die einmalige Gelegenheit, im Kollegialentscheid versteckt seine grundsätzlichen kriminalpolitischen Vorstellungen folgenreich zum Ausdruck zu bringen. Von der Aktenlage unbeeinflusst, wird so „der Stimme des Volkes“ Gehör gegeben, welche, die einmalige Gelegenheit des Urteilens nutzend, versucht sein dürfte, mit Blick auf die eigenen Vorstellungen nötiger Strafhärte und die antizipierten Straferwartungen der Öffentlichkeit ein Exempel zu statuieren. Da Angeklagte in Japan in aller Regel geständig zu sein pflegen, konzentriert sich die Hauptverhandlung auf Fragen der Strafzumessung, zu deren Beantwortung sich Laien mit ähnlicher Kompetenz wie Juristen berufen wännen. Die deutliche zahlenmäßige Übermacht der Laienrichter gegenüber den Berufsrichtern, ihr ausschlaggebendes Gewicht, wenn nur ein Berufsrichter ihnen folgt und die Möglichkeit, Strafen bis hin zur Todesstrafe zu fällen, macht aus den neuen japanischen Gerichten mit Laienbeteiligung eine denkbar scharfe Waffe der Justiz, die bei der Strafzumessung weitgehend „der Stimme des Volkes“ folgen und deren Einschätzung der nötigen Strafhärte fast ungefiltert zum Ausdruck bringen kann. Die offiziellen gesetzgeberischen Vorbehalte richten sich offenbar allein gegen eine womöglich uneinheitliche Strafzumessung der im Urteilen unerfahrenen Laien. Dabei wird übersehen, dass die Problematik eines solch starken Einflusses von Laienrichtern auf das Strafmaß in der Gefahr besteht, diffusen populistischen Erwartungen an Strafhärte zum Durchbruch zu verhelfen und damit einer schamlosen „Straffreude“⁶⁷ ungebremst Ausdruck zu geben. Die empfohlene Orientierung an einer Strafzumessungsdatenbank ist meines Erachtens nicht ausreichend, um dieser Gefahr wirksam zu begegnen. Auch die Möglichkeit der Überprüfung der von Gerichten unter Laienbeteiligung gefällten Urteile durch Gerichte oberer Instanzen ohne Laienbeteiligung ist ein unzulängliches⁶⁸ Korrektiv, werden doch bekanntlich Strafurteile in Japan von Angeklagten kaum je angefochten. So bleibt im Sinne einer überprüfungsbedürftigen Hypothese die Annahme, dass infolge des neuen Laienrichtersystems der Sanktionspegel in Japan auf mittlere Sicht ohne präventive Notwendigkeit deutlich ansteigen wird. Welche Auswirkungen dies auf die Praxis der Verhängung der Todesstrafe haben wird, bleibt abzuwarten.⁶⁹

Die Betrachtung ergibt, dass sich mit dem Modell des aus Berufs- und Laienrichtern zusammengesetzten Gerichts, das insgesamt über die Schuld- und die Straffrage zu befinden hat, je nach konkreter Ausgestaltung verschiedenartige Zielsetzungen verbinden. Das deutsche Schöffengericht wie das Tessiner Geschworenengericht sind auf die Bestärkung von Justizvertrauen in der Bevölkerung ausgerichtet. Das japanische Modell erstrebt mit der Laienrichterbeteiligung hingegen eine Angleichung oder zumindest Annäherung der Strafurteile, speziell bei der Strafzumessung, an die Volksmeinung. Zur demokratischen Kontrolle der Justiz ist das japanische Modell eher als das deutsche und das Tessiner Modell geeignet. Ein „echtes“ Geschworenengericht nach anglo-amerikanischem Vorbild ist allen hier erwähnten Modellen in der Fähigkeit zur demokratischen Kontrolle der Justiz überlegen. Mit allen erwähnten Modellen wird auf je unterschiedliche Weise der Eindruck einer Volksnähe der Justiz erstrebt. In der Schweiz ist dies ein zentrales Anliegen der Rechtsordnung, welches durch die Einrichtung des Tessiner Geschworenengerichts noch bestärkt wird. In Deutschland setzt die Institution des Schöffengerichts

⁶⁷ HASSEMER WINFRIED (2000) Muss Strafe sein? *Frankfurter Rundschau* vom 20. 12., 16.

⁶⁸ Dieses Korrektiv widerspricht obendrein dem mit dem Laienrichtersystem verbundenen Anliegen, den „gesellschaftlichen gesunden Verstand“ in die Strafrechtspflege einzubringen.

⁶⁹ Nach ASADA, *ibid*, 11 wurde seit Einführung des Laienrichtersystems im Mai 2009 in fünf Fällen bei solchen Gerichten von der Staatsanwaltschaft die Todesstrafe beantragt. Die Gerichte haben diesen Anträgen in drei Fällen entsprochen, einmal stattdessen auf eine Lebenslängliche Freiheitsstrafe erkannt und einmal freigesprochen.

einen gewissen Gegenakzent zur im Übrigen eher durch Bürgerferne gekennzeichneten Justiz, der allerdings kaum effektiv wirkt und sich weitgehend in einem symbolischen Bekenntnis erschöpft. In Japan bedeutet die mit der Laiengerichtbarkeit erstrebte Volksnähe vor allem eine dem Strafverlangen der Bevölkerung entsprechende, dieses zumindest nicht brüskierende, Strafmaßfindung.